

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA  
PER LA REGIONE SICILIANA**

**(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**(gennaio 2014)**

**Contratti pubblici nei settori ordinari – Bandi, avvisi e inviti**

**C.G.A, 14 gennaio 2014 n. 1 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Il comma 7 dell'articolo 90 del Codice dei contratti pubblici, che dispone la facoltà per le Amministrazioni aggiudicatrici di prevedere nel bando requisiti ulteriori in ragione della natura dei servizi e delle forniture prestate, è suscettibile di applicazione anche alle attività di progettazione degli appalti di servizi, in forza della previsione dell'art. 279 del D.P.R. n. 207/2010.*

**Contratti pubblici nei settori ordinari – Contenzioso**

**C.G.A, 14 gennaio 2014 n. 1 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Non sono censurabili per eccessiva brevità le operazioni di valutazione delle offerte compiute dalla commissione di gara che abbia dedicato in media oltre un'ora per la valutazione di ciascuna offerta.*

Nel caso di specie, aggiunge il Consiglio che i documenti costituenti le offerte tecniche delle due imprese erano anche già stati letti in seduta pubblica dai commissari e che, dunque, in tale tempo, ciascun componente aveva certamente avuto l'opportunità di rendersi conto del tenore delle due offerte presentate dalle concorrenti. Inoltre, osserva il Consiglio, è dirimente il fatto che i giudizi resi dal seggio di gara sulle offerte siano stati ampiamente motivati. Ciò avvalorerebbe il fatto che la pretesa brevità delle operazioni non ha comunque inciso sull'attività delegata alla Commissione.

**Corte costituzionale – Ordinanza di rimessione**

**C.G.A, 14 gennaio 2014 n. 1 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Va sollevata questione di legittimità costituzionale in merito all'articolo 2 della L.R. n. 15/2008 recante "Misure di contrasto alla criminalità organizzata" nella parte in cui prevede che i bandi di gara aventi un valore superiore a Euro 100.000 debbano contenere a pena di nullità del bando stesso, una serie di criteri di partecipazione dei concorrenti imposti a pena di esclusione.*

**Urbanistica – Piano Regolatore - Modificazioni**

## **C.G.A, 15 gennaio 2014 n. 4 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*In materia di pianificazione territoriale, materia rientrante nell'ambito del puro merito dell'azione amministrativa, nulla vieta che un'Amministrazione, pur rimanendo titolare dell'iniziativa, possa far propri gli strumenti conoscitivi elaborati da terzi, purché siffatti ausili siano acquisiti all'istruttoria procedimentale, in modo da potersi trasformare, a prescindere dalla provenienza soggettiva di essi, in un elemento reso pubblico e sottoposto al vaglio dei pianificatori e della collettività.*

Sulla base del principio riportato, il Consiglio rigetta la censura proposta da alcune associazioni ambientaliste avverso l'approvazione della variante al P.R.G.C., motivata sull'assunto che il Comune avrebbe deciso di affidare per dieci anni le sorti della pianificazione di una vasta area del proprio territorio comunale all'eventuale accordo tra soggetti terzi. Lamentavano gli appellanti, che in tal modo il Comune non avrebbe perseguito l'interesse pubblico tipico della pianificazione, ma avrebbe, invece, attribuito un rilievo preponderante all'interesse privato e a quello meramente economico, a scapito dei preminenti risvolti ambientali.

Il Consiglio ritiene infondato l'appello osservando, rilevando altresì l'inammissibilità del richiamo effettuato dalle associazioni appellanti al travisamento dello scopo tipico della pianificazione. Ed infatti, rileva il giudice d'appello, il fine ultimo della pianificazione urbanistica è proprio quello di rendere compatibili tra loro, sulla base di un ragionevole esercizio della lata discrezionalità amministrativa di cui dispongono i pianificatori, i vari interessi ritenuti meritevoli dall'ordinamento giuridico che coesistono e interferiscono su un medesimo territorio. Il tutto sulla base delle priorità indicate dall'autorità politico-amministrativa e nel rispetto delle procedure e dei vincoli stabiliti da leggi e regolamenti.

Conclude, poi, il Consiglio, che negli spazi lasciati liberi dalla volontà oggettivata dell'ordinamento urbanistico, l'interesse alla tutela dell'ambiente concorre con gli altri interessi del pari rilevanti per una collettività (economico, di promozione turistica, di insediamento industriale, ecc.) ma non sempre prevale. Diversamente opinando, si perverrebbe ad interpretazioni abroganti di molte previsioni che di fatto configurano l'interesse alla tutela ambientale come recessivo rispetto ad altri valori.

## **Urbanistica – Piano Regolatore - Modificazioni**

### **C.G.A, 15 gennaio 2014 n. 4 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Dal combinato disposto degli articoli 5 commi 1, 2, 3 e 8 del D.P.R. n. 357/1997 e 6, commi 3 e 4, della Direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche deriva che l'effettuazione di una preventiva valutazione di incidenza è indispensabile anche nelle ipotesi in cui l'autorità nazionale competente intenda approvare una variante di un piano urbanistico sebbene non direttamente connessa e necessaria alla gestione del sito, ma che possa comunque avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti.*

## **Processo amministrativo - Ottemperanza**

### **C.G.A, 15 gennaio 2014 n. 5 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*A seguito di un giudicato di annullamento da cui derivi in capo all'Amministrazione il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, quest'ultima ha l'obbligo di esaminare l'affare nella*

*sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, non potendo tornare dopo di ciò a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati, pena la reiterazione ad libitum di atti elusivi del giudicato.*

Con la sentenza in esame, il Consiglio si pronuncia sull'appello proposto avverso la sentenza del T.A.R. adito per l'ottemperanza di due sentenze di merito, con le quali era stato riconosciuto il diritto dell'appellante ad ottenere un'autorizzazione dall'Assessorato per la commercializzazione di oli minerali.

Il Collegio procede, in primo luogo, a una ridefinizione del contenuto delle sentenze di merito rese a favore dell'appellante, rilevando che, differentemente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, da esse non poteva farsi discendere unicamente un dovere di riattivazione procedimentale. Esse contenevano, infatti, precise indicazioni volte a orientare la successiva condotta amministrativa.

Pertanto, ritiene il Consiglio che la sentenza appellata vada riformata, posto che erroneamente il T.A.R. si è soffermato sulle relative questioni di merito, aventi ad oggetto, in particolare, la distinzione esistente tra commercio all'ingrosso e commercio al dettaglio, di cui all'art. 2, lett. a) e b), della L.R. n. 28/1999, e alla distinzione tracciabile tra "impianto di distribuzione carburanti per autotrazione" (impianti stradali) e "deposito commerciale di oli minerali" (deposito carburanti), nonché tra combustibili e carburanti.

Ed infatti, in tale sede il giudice amministrativo avrebbe dovuto soltanto verificare se il provvedimento impugnato avesse o no altre condizioni ostative all'esercizio di una facoltà di somministrazione dei prodotti, che era già stata ritenuta legittima, senza rimettere in discussione profili già coperti dalla *res iudicata*.

## **Contratti pubblici nei settori ordinari – Contenzioso**

### **C.G.A., 15 gennaio 2014 n. 6 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Con riferimento alle controversie in materia di appalto, l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria deve ritenersi facoltativa. Tuttavia, detta impugnazione ove non seguita un'analoga azione di annullamento diretta contro la successiva conforme aggiudicazione definitiva diviene improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che l'inoppugnabilità dell'aggiudicazione definitiva comporta la perdita di utilità dell'originaria domanda di annullamento rivolta esclusivamente contro l'aggiudicazione provvisoria, poi sostituita da quella definitiva.*

## **Contratti pubblici nei settori ordinari – Tassatività delle cause di esclusione**

### **C.G.A., 15 gennaio 2014 n. 6 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*Non può rilevarsi un'incompletezza della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m - quater del Codice dei contratti pubblici, con conseguente esclusione dei concorrenti dalla procedura di affidamento di contratti pubblici, ove questi ultimi, nel rendere la predetta dichiarazione, si siano strettamente attenuti alle specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara.*

Nel caso di specie, il Collegio ritiene di dover rigettare la doglianza sollevata da parte appellante con riferimento alla presunta incompletezza della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m - quater del Codice dei contratti pubblici dell'aggiudicataria. Rileva, infatti, il giudice di appello che, sebbene la dichiarazione resa dall'aggiudicataria postulasse logicamente l'esistenza di

situazioni di controllo con altri soggetti, questa si era attenuta pedissequamente al contenuto del bando, utilizzando il prestampato ad esso allegato. Peraltro, ove l'appellante avesse ravvisato una specifica difformità del disciplinare dal paradigma normativo, essa avrebbe dovuto comunque impugnare il bando di gara in parte qua.

Pertanto, conclude il Consiglio, legittimamente l'aggiudicataria era stata mantenuta in gara. avrebbe comportato una violazione del principio di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

## **Contratti pubblici nei settori ordinari – Requisiti di partecipazione e di qualificazione**

### **C.G.A, 15 gennaio 2014 n. 6 – Pres. De Lipsis, Est. Carlotti**

*L'aggettivo "eventuale" riferito alla attestazione SOA di cui al secondo comma dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici si riferisce esclusivamente al caso in cui l'appalto oggetto della procedura non abbia ad oggetto "lavori", atteso che, al ricorrere di quest'ultima ipotesi, anche l'impresa avvalente, oltre, comunque, a quella ausiliaria, è da reputarsi tenuta ad allegare la propria attestazione SOA.*

Sulla base di tale principio interpretativo, il Consiglio conferma la statuizione del giudice di primo grado, rigettando l'appello avverso di essa proposto. Osserva, infatti, il Collegio che l'appellante non aveva prodotto in sede di procedura di affidamento di lavori una completa documentazione dell'avvalimento, richiesta dal disciplinare a pena di esclusione. Dunque, *in primis*, il Collegio dubita della validità di un contratto di avvalimento privo dei requisiti di cui all'art. 88 del D.P.R. n.207/2010. In secondo luogo, aggiunge il Consiglio, pur volendosi ritenere valido il predetto contratto, nel caso di specie mancherebbero comunque le due dichiarazioni, sottoscritte dall'impresa ausiliaria, prescritte dalle lett. d) ed e) del sunnominato art. 49 del Codice dei contratti pubblici.

## **Procedimento amministrativo – Termini**

### **C.G.A, 20 gennaio 2014 n. 18 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli**

*I termini previsti da disposizioni normative nei confronti della P.A. sono di norma sollecitatori od ordinatori. Pertanto, in assenza di una specifica disposizione che espressamente qualifichi il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'Amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio ed il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante.*

Con la sentenza in esame, il Consiglio si pronuncia, *inter alia*, sulla censura dell'appellante in merito all'illegittimità ovvero alla nullità degli atti dell'Assessorato per il lavoro in ragione del superamento, da parte di quest'ultimo, dei termini per la definizione delle procedure di cui all'articolo 9 della l. reg. 27/91. Rileva a tale proposito il giudice d'appello che, in linea generale, i termini previsti dalle norme nei confronti della P.A. sono ordinatori, salvo che sia previsto altrimenti. Pertanto, posto che la norma richiamata non indica alcun termine decadenziale per la conclusione del procedimento diretto alla concessione di contributi alle imprese per assunzioni a tempo indeterminato il Consiglio ritiene di non poter condividere la tesi della nullità o, comunque, della invalidità degli atti tardivamente emessi e impugnati in primo grado sostenuta dal ricorrente.

Osserva, inoltre, il giudice dell'appello che l'utilità della norma che prevede un termine per l'azione amministrativa può al limite rilevare sotto altri aspetti. In particolare, esso abilita l'interessato ad attivare la tutela giurisdizionale contro l'inerzia o il silenzio dell'Amministrazione, ma non ne esaurisce il potere di provvedere.

## **Leggi, decreti e regolamenti**

### **C.G.A, 20 gennaio 2014 n. 18 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli**

*La qualità di socio di una cooperativa non esclude la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa stessa e il socio.*

Alla luce del principio di diritto in esame, il Consiglio accoglie la censura del difetto di motivazione e della insufficiente istruttoria, sollevata dalla società cooperativa appellante in relazione ai dinieghi di ammissione al contributo di cui all'art. 9 della l. reg. n. 27/91 opposti dall'Assessorato del lavoro. In particolare, l'Assessorato motivava i propri provvedimenti sul fatto che la norma avrebbe ammesso la concessione di tali sovvenzioni solo in favore dei lavoratori dipendenti a tempo determinato, e non invece ai "soci lavoratori", come erano qualificati gli istanti nelle richieste di contributo.

Osserva, infatti, il Consiglio, che l'Assessorato ha ommesso di vagliare le caratteristiche dell'attività svolta in concreto dai soci lavoratori al fine di poter ritenere configurabile, ove del caso, un rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, con conseguente corresponsione del beneficio. Pertanto, rileva il giudice dell'appello, che, non sussistendo alcun riferimento legislativo alla tipologia di impresa destinataria degli incentivi, va censurato l'operato della P.A., basato sull'erroneo assunto dell'incompatibilità tra il rapporto di lavoro costituito dalle cooperative con i loro soci e il rapporto di lavoro previsto dalla l. reg. n. 27/91.

## **Processo amministrativo – Legittimazione passiva**

### **C.G.A, 20 gennaio 2014 n. 19 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli**

*Sul problema specifico concernente i rapporti fra le sopresse USL e le nuove AUSL, in base all'art. 6, comma 1, della l. n. 724 del 1994, come integrato dall'art. 2, comma 14, della l. n. 549 del 1995, i rapporti obbligatori afferenti alle sopresse USL non sono stati trasferiti alla responsabilità delle neo-istituite AUSL, ma spettano alla competenza esclusiva delle apposite gestioni liquidatorie costituite presso le Regioni. Dunque, nessuna legittimazione passiva può spettare alle AUSL per debiti contratti da una soppressa USL, ancorché confluita nella struttura della nuova azienda.*

Con la sentenza in esame, il Consiglio si pronuncia, negandola, sulla legittimazione passiva di un'Azienda ospedaliera condannata in primo grado al pagamento di somme dovute dalla corrispondente USL in un momento antecedente alla sua trasformazione.

In tal senso, rileva il Collegio che, come rilevato dalla univoca giurisprudenza, con la soppressione delle USL e la istituzione della AUSL non si è verificata una successione a titolo universale delle seconde nei rapporti giuridici di cui erano titolari le prime. Infatti, con l'art. 6, comma 1, della l. n. 724 del 1994 e l'art. 2, comma 14, della l. n. 549 del 1995 sono stati chiaramente individuati nelle Regioni i soggetti giuridici obbligati ad assumere a proprio carico i debiti pregressi delle USL, mediante apposite "gestioni stralcio", rimaste di pertinenza delle Regioni anche quando sono state trasformate in "gestioni liquidatorie" e affidate ai Direttori

generali delle AUSL. Quindi, fino a quando non si disponga con un provvedimento specifico l'estinzione delle gestioni liquidatorie, già gestioni stralcio, la legittimazione processuale spetta soltanto ad esse, in quanto, pur essendo prive di personalità giuridica e agendo nell'interesse e per conto dell'Ente regionale, queste hanno un'autonomia funzionale, amministrativa e contabile e una propria capacità processuale, sia pure limitata alla gestione.

Pertanto, la sentenza del T.A.R. di condanna nei confronti della U.S.L. in questione avrebbe dovuto essere propriamente riferita alla gestione liquidatoria della U.S.L. medesima, legittimata passivamente per poste debitorie risalenti al 1990. Ed infatti è la sola gestione liquidatoria, succeduta alla gestione stralcio della U.S.L. che usufruisce della soggettività dell'ente soppresso, soggettività che si prolunga durante l'intera fase liquidatoria.

## **Pubblico impiego – Trattamento economico e indennità**

### **C.G.A., 20 gennaio 2014 n. 19 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli**

*Nel sistema definito dall'art. 80 del d.P.R. 28 novembre 1990, n. 384 l'autorizzazione formale e preventiva accordata dall'organo competente dell'amministrazione per lo svolgimento da parte del dipendente di lavoro straordinario in eccedenza al monte ore all'uopo autorizzato, non è un mero atto di consenso ma rappresenta il momento finale ed attuativo di un processo di programmazione e di ripartizione delle risorse finanziarie a disposizione dell'ente. Dunque, essa costituisce presupposto indefettibile per la retribuità del lavoro straordinario.*

*L'azione di indebito arricchimento non è esperibile in tema di pretese patrimoniali dei pubblici dipendenti, in ragione del fatto che le norme imperative che ne fissano le retribuzioni gli accordano specifiche azioni in presenza dei relativi presupposti. Ed infatti, l'azione ex art. 2041 c. c. è contraddistinta dal carattere di sussidiarietà e presuppone un'effettiva diminuzione patrimoniale, non configurabile nel caso di prestazione connessa al rapporto di impiego.*

Sulla base dei rilievi così effettuati, il Consiglio riforma la sentenza resa dal giudice di primo grado che aveva riconosciuto ad alcuni medici il diritto al pagamento delle ore non retribuite, e mai autorizzate, da parte della U.S.L..

Rileva, infatti, il giudice d'appello che la formale autorizzazione allo svolgimento di prestazioni eccedenti l'ordinario orario di lavoro svolge una pluralità di funzioni, tutte riferibili alla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento cui, ai sensi dell'art. 97 Cost., deve essere improntata l'azione della P.A.. L'assenza dell'autorizzazione, dunque, rimarca la mancanza da parte della P. A. di qualsiasi riconoscimento di "utilitas" del lavoro svolto in eccedenza.

## **Processo amministrativo – Sentenze e altri provvedimenti del giudice – Principi generali**

### **C.G.A., 23 gennaio 2014 n. 32 – Pres. Anastasi, Est. Anastasi**

*Il carattere meramente deliberativo e strumentale delle ordinanze istruttorie (che perciò non possono mai pregiudicare la decisione della causa, essendo modificabili e revocabili dallo stesso giudice che le ha pronunciate: cfr. art. 177 cod. proc. civ.), comporta che il contrasto tra ordinanza e consecutiva sentenza non possa mai dar luogo al vizio di contraddittorietà di motivazione della stessa sentenza, che si fonda su proprie autonome ragioni.*

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa respinge la censura sollevata in appello dal proprietario di un fondo illegittimamente espropriato dalla P.A., il quale, a seguito della restituzione del fondo, disposta con la sentenza di cognizione, non si era visto corrispondere l'ingente somma a titolo di risarcimento del danno per la sua rimessione in pristino, quantificata dal CTU proprio in sede di supplemento istruttorio disposto con ordinanza del giudice dell'ottemperanza. Secondo l'appellante, quindi, la decisione del giudice di primo grado avrebbe sostanzialmente contraddetto la precedente ordinanza con la quale lo stesso giudice aveva disposto un supplemento istruttorio per la quantificazione del danno causato dall'illegittima attività dell'Amministrazione.

Osserva, tuttavia, il Consiglio che il fatto che la sentenza di cognizione nulla avesse disposto in merito alla rimessione in pristino del fondo, unitamente al carattere meramente deliberativo e strumentale dell'ordinanza istruttorio in sede di ottemperanza, rendono infondate le critiche sollevate dall'appellante.

## **Processo amministrativo – Poteri del giudice**

### **C.G.A., 23 gennaio 2014 n. 32 – Pres. Anastasi, Est. Anastasi**

*Il disposto dell'articolo 2058 cod. civ., in merito alla possibilità di disporre il risarcimento per equivalente anziché la reintegrazione in forma specifica, in caso di eccessiva onerosità di quest'ultima, non trova applicazione nelle azioni intese a far valere un diritto reale solo quando la tutela dello stesso possa essere concessa esclusivamente in forma specifica, come tipicamente nel caso di diritto di veduta. In ogni caso, anche per questa tipologia di azioni, rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito attribuire al danneggiato il risarcimento per equivalente anziché quello in forma specifica.*

Nel caso in esame, il Consiglio osserva che la tutela del proprietario del fondo illegittimamente espropriato, mentre esige la restituzione del bene, non postula necessariamente il ripristino materiale dello stesso nello stato precedente, potendo la modificazione delle caratteristiche del fondo e la sua conseguente perdita di valore trovare riparo per equivalente.

Pertanto, conclude il Consiglio, correttamente il giudice di merito ha motivato la valutazione di eccessiva onerosità del risarcimento del danno in forma specifica raffrontando il deprezzamento subito dal terreno rispetto al costo delle opere necessarie alla rimessione in pristino: ed infatti si ha eccessiva onerosità ai sensi dell'art. 2058 cod. civ. quando il sacrificio economico necessario per il risarcimento in forma specifica superi in misura eccessiva il valore da corrispondere in base al risarcimento per equivalente.